

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Horen getuige na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Horen getuige na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting)*, No. 38, Oct 01, 2013. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2014).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

*HR 1 oktober 2013, nr. 11/00710*

M.J. Borgers

1. Op 1 januari 2005 is artikel 321 betrekkelijk geruisloos uit het Wetboek van Strafvordering verdwenen. Dit artikel bevatte – uitgaande van de tekst zoals die sinds 1 februari 1998 van kracht was – voorschriften ter zake van het oproepen van ‘nieuwe nog niet eerder opgeroepen of gehoorde tolken, getuigen en deskundigen’ na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting. Toegespitst op getuigen gold dat de verdachte na een schorsing nog niet eerder opgeroepen of gehoorde getuigen kon doen oproepen door de officier van justitie. Als belangrijkste weigeringsgrond – voor zowel de officier van justitie (vgl. artikel 264 lid 1 Sv) als nadien de zittingsrechter (vgl. artikel 288 lid 1 Sv) – gold hierbij het ontbreken van verdedigingsbelang (en niet het ontbreken van de noodzaak die getuigen te horen). Het voormalige artikel 321 Sv liet daarbij toe dat na een schorsing opnieuw werd verzocht om het oproepen van reeds eerder opgegeven, maar niet opgeroepen of gehoorde getuigen, zonder dat daaraan een strengere toetsingsmaatstaf was verbonden dan het verdedigingsbelang (vgl. HR 14 januari 2003, *NJ* 2003/402 en HR 14 januari 2003, *NJ* 2003/403 m.nt. YB). Hiermee bood het voormalige artikel 321 Sv in zekere zin een herkansingsmogelijkheid in relatie tot eerder afgewezen getuigen. Ten gevolge van de Wet van 10 november 2004, *Stb.* 2004, 579 is hier verandering in gekomen. Met het oog op een effectiever gebruik van zogeheten regiezittingen heeft de wetgever willen bewerkstelligen dat wanneer de behandeling ter terechtzitting eenmaal een aanvang heeft genomen, een nieuw of herhaald verzoek tot het horen van getuigen slechts wordt gehonoreerd ‘als de noodzakelijkheid van dat horen blijkt’ (zie het citaat in rov. 2.4.2 van het hierboven afgedrukte arrest). Daartoe is het voorschrift van artikel 321 Sv geschrapt. De voorschriften die zien op het oproepen van getuigen in de fase voordat het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen (vgl. artikel 260, 263 en 264 Sv), vinden daardoor in de benadering van de wetgever geen toepassing meer na een schorsing. Een verzoek tot het oproepen van een getuige dat wordt gedaan nadat het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen, geldt – ook indien dat onderzoek op enig moment wordt geschorst – ‘gewoon’ als een verzoek in de zin van artikel 315 Sv. Beslissend is dan het noodzaakcriterium.

2. In de hierboven afgedrukte zaak wordt, nadat het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep een aanvang heeft genomen en vervolgens is geschorst, door de raadsman verzocht een tweetal getuigen op te roepen. Het gerechtshof wijst dat verzoek af ‘wegens gebrek aan noodzaak’. In het (eerste) middel wordt erover geklaagd dat het gerechtshof aldus ten onrechte toepassing heeft gegeven aan artikel 315 juncto 415 Sv. In plaats daarvan had het verzoek van de raadsman moeten worden beschouwd als een verzoek strekkende tot het doen oproepen van ‘nieuwe getuigen’ in de zin van artikel 414 lid 1 Sv, zodat de beoordeling daarvan – gelet op het feit dat het hier een OM-appel betrof en in het licht van artikel 414 lid 2 en 418 lid 1 juncto 288 Sv – aan de hand van het criterium van het verdedigingsbelang had dienen te geschieden. Anders dan A-G Knigge volgt de Hoge Raad dit betoog van de steller van het middel niet. De Hoge Raad gaat daartoe in op het schrappen van artikel 321 Sv en verbindt daaraan de gevolgtrekking dat indien het verzoek tot het oproepen van getuigen eerst is gedaan (of – na eerdere afwijzing – herhaald) na een schorsing van het onder-

zoek ter terechtzitting, het noodzaakcriterium de toepasselijke maatstaf vormt voor de beoordeling van het verzoek.

3. Het valt op dat de Hoge Raad geen aandacht besteedt aan de door de steller van het middel aangehaalde wettelijke voorschriften ter zake van het oproepen en horen van getuigen in hoger beroep. De reden daarvoor zal zijn dat artikel 414 Sv ziet op het doen oproepen van getuigen *voordat* het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep een aanvang heeft genomen. Is dat onderzoek eenmaal van start gegaan, dan geldt – evenals in eerste aanleg – dat verzoeken tot het doen oproepen en horen van getuigen worden beoordeeld aan de hand van het noodzaakcriterium (artikel 415 lid 1 juncto 315 lid 1 Sv). Er bestaat daarbij geen aanleiding om te veronderstellen dat het schrappen van artikel 321 Sv geen betekenis zou hebben voor het hoger beroep (vgl. ook, in een iets ander verband, rov. 2.5.3 *in fine* in HR 7 december 2010, NJ 2010/682).

4. Dit laat onverlet dat de vraag rijst of het schrappen van artikel 321 Sv in alle gevallen tot een redelijk resultaat leidt. Met het schrappen van dit voorschrift heeft de minister niet alleen willen belemmeren dat ‘reeds afgewezen verzoeken tot het horen van getuigen na schorsingen onbeperkt herhaald kunnen worden’, maar ook willen bevorderen dat ‘verzoeken tot het horen van getuigen zo veel mogelijk aan het begin van de terechtzitting worden gedaan, en niet eerst in een later stadium’ (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 254, nr. 3, p. 6). Voor ogen dient echter te worden gehouden dat er goede redenen kunnen zijn waarom de raadsman pas na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting – voor het eerst – met een verzoek tot het oproepen van een getuige komt. Dat wordt geïllustreerd door de hierboven afgedrukte zaak, waarin het verzoek tot het oproepen van twee verbalisanten als getuigen verband houdt met het verricht zijn van aanvullend onderzoek, waarvan de verslaglegging de raadsman kennelijk eerst na de schorsing van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep heeft bereikt. Niet onbelangrijk detail daarbij lijkt te zijn dat het opsporingsonderzoek volgens de advocaat-generaal in hoger beroep niet ‘fraai’ zou zijn te noemen, waarbij nog onduidelijk is of die kwalificatie tevens ziet op het aanvullend onderzoek. Zou in een dergelijk geval een beoordeling aan de hand van het criterium van het verdedigingsbelang niet meer zijn aangewezen? Mogelijk heeft de steller van het cassatiemiddel om die reden – tevergeefs – de mogelijkheid beproefd van een creatieve toepassing van artikel 414 Sv.

Opmerking verdient dat de minister bij het schrappen van artikel 321 Sv onder ogen heeft gezien dat zich ontwikkelingen kunnen voordoen die het belang om bepaalde personen als getuigen te horen in een ander of nieuw daglicht stellen. De minister is evenwel van mening dat ‘het noodzaakcriterium een passend kader biedt om zowel het nieuw zijn van de getuige alsook het nieuw zijn van ontwikkelingen in de strafzaak adequaat mee te wegen bij verzoeken tot het horen van getuigen die in de loop van het strafgeding worden gedaan of herhaald’ (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 254, nr. 8, p. 3). De minister wijst er daarbij op dat de verplichting tot het horen van getuigen onder omstandigheden uit artikel 6 EVRM voortvloeit en dat het noodzaakcriterium daarop in toereikende mate is toegesneden: ‘Het oproepen van getuigen is noodzakelijk als het EVRM daartoe verplicht’ (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 252, nr. 8, p. 18). Bij de behandeling van deze wetswijziging is nog de mogelijkheid aan de orde geweest om het voormalige artikel 321 Sv in een strikter afgebakende vorm voort te laten bestaan (zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 254, nr. 8, p. 5, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 254, nr. 11 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 252, nr. 8, p. 11, 18). Een daartoe strekkend amendement is verworpen, met wederom als onderliggende redenering dat het noodzaakcriterium niet belemmert dat bij nieuwe feiten nieuwe getuigen worden gehoord (zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29

252, nr. 8, p. 18, waar de minister ook opmerkt: 'Naar mijn mening valt het onder het noodzakelijkheids criterium als de rechter constateert dat er een nieuw feit is dat onderzoek behoeft', en voorts *Kamerstukken I* 2004/05, 29 254, C, p. 2).

Het komt er dus al met al op neer dat de schrapping van artikel 321 Sv vooral wil bewerkstelligen dat – met het oog op het voorkomen van aanhouding van de zaak – verzoeken tot het oproepen van getuigen die eerder hadden kunnen worden gedaan, eenvoudiger dan voorheen kunnen worden afgewezen (aldus *Kamerstukken II* 2003/04, 29 254, nr. 8, p. 2). Dat betekent evenwel niet dat het noodzaakcriterium slechts als een afwijzingsgrond dient te worden begrepen. Of het nu nieuwe omstandigheden zijn dan wel de rechten die de verdachte op grond van artikel 6 EVRM kan doen gelden, de noodzaak van het oproepen van getuigen zal soms tamelijk snel moeten worden aangenomen. In zoverre geeft de wetsgeschiedenis van het schrappen van artikel 321 Sv reeds blijk van hetgeen de Hoge Raad nadien – in een enigszins andere context – heeft overwogen, namelijk dat in bepaalde gevallen 'de concrete toepassing van het noodzakelijkheids criterium niet wezenlijk verschilt van wat met de toepassing van het criterium van het "verdedigingsbelang" zou worden bereikt' (rov. 3.4.2 in HR 19 juni 2007, *NJ* 2007/626 m.nt. Mevis; vgl. in relatie tot het ondervragingsrecht ook HR 24 september 2013, *ECLI:NL:HR:2013:774*).

5. Het oordeel van de Hoge Raad in het hierboven afgedrukte arrest reflecteert volgens Jebbink (*NJB* 2013, p. 3074) 'een vergaande formalistische opvatting over het uitoefenen van verdedigingsrechten'. Het komt mij voor dat dit oordeel hooguit formalistisch is te noemen in de zin dat de Hoge Raad nauw aansluiting zoekt bij de geldende wettelijke voorschriften ter zake van het oproepen en horen van getuigen. Van de Hoge Raad kan men moeilijk iets anders verlangen. Daarmee is niet gezegd dat het huidige wettelijke systeem niet voor verbetering vatbaar is. De onderlinge verhouding tussen het criterium van het verdedigingsbelang en het noodzaakcriterium betreft in elk geval tamelijk lastig te doorgronden materie (zie daarover onder andere Duker, *DD* 2008, p. 41-65 en Scheele, *Strafblad* 2011, nr. 1, p. 67-70). Dat behoeft hier evenwel geen nadere uitwerking. Op deze plaats verdienen, naar aanleiding van het betoog van Jebbink, twee samenhangende punten kort aandacht.

Allereerst is van belang dat artikel 6 EVRM zich er niet tegen verzet dat de nationale wetgeving – binnen redelijke grenzen – eisen stelt aan verzoeken tot het oproepen van getuigen. Een klacht in Straatsburg loopt in principe spaak indien niet eerst de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, hetgeen in relatie tot het ondervragingsrecht – kort gezegd – inhoudt dat de verdediging overeenkomstig de procedures en de termijnen die het nationale recht hanteert, verzoeken tot het oproepen en horen van getuigen moet doen (zie De Wilde, *NJB* 2007, p. 1399, met nadere verwijzingen). Artikel 6 EVRM komt in dit opzicht eerst in het gedrang indien de nationale wettelijke regeling, althans de toepassing daarvan, de verdachte en diens raadsman – ondanks de nodige inspanningen – daadwerkelijk belemmert in de uitoefening van de verdedigingsrechten. Tegen een wettelijke regeling die de verdediging ertoe aanzet om tijdig verzoeken tot het horen van getuigen te doen, bestaat in zijn algemeenheid echter geen bezwaar. Het is eveneens niet onredelijk om van de verdediging te verlangen, wanneer een verzoek in een betrekkelijk laat stadium wordt gedaan, om heel helder aan te geven welk belang ermee is gemoeid dat dit verzoek (alsnog) wordt gehonoreerd. Tegelijkertijd dient de rechter de ogen niet te sluiten voor de bijzondere omstandigheden van het geval.

Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat de Hoge Raad zich in het hierboven afgedrukte arrest alleen uitlaat over het criterium dat van toepassing is op de beoordeling van het verzoek tot het oproepen van de twee verbalisanten als getuigen. Het middel klaagt er niet – tevens of subsidiair – over dat het gerechtshof op onjuiste wijze invulling zou hebben gegeven aan het noodzaakcriteri-

um, vanwege de omstandigheid dat bij aanvang van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep nog geen aanleiding bestond voor het verzoek tot het oproepen van de verbalisanten. De Hoge Raad pleegt zich niet uit te laten over oordelen waarover het middel niet klaagt. Juist daarom – en Jebbink lijkt dat uiteindelijk ook niet te bestrijden – kan niet worden gezegd dat dit arrest aanleiding geeft om te veronderstellen dat met toepassing van het noodzaakcriterium de verdedigingsrechten wezenlijk worden beknot. Had het middel de kwestie van de invulling van het noodzaakcriterium wel aan de orde gesteld, dan had dat de Hoge Raad – gelet op de besproken wetsgeschiedenis en diens eerdere rechtspraak en zoals reeds bepleit door Kooijmans, *Dat is mijn zaak!*, oratie Tilburg 2011, p. 59-60 – aanleiding kunnen geven om te expliciteren dat in de omstandigheden zoals die zich hier voordeden, aan het noodzaakcriterium een toepassing dient te worden gegeven die niet wezenlijk verschilt met toepassing van de maatstaf van het verdedigingsbelang.